

Universidade Católica Portuguesa



A Aplicação da Teoria das Infraestruturas Essenciais a Novas Realidades

Dissertação de Mestrado em Direito elaborada sob a orientação da Senhora Professora
Doutora Sofia Oliveira Pais

Por Cláudia Couto

MESTRADO EM DIREITO DAS EMPRESAS E DOS NEGÓCIOS

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

MAIO 2016

A Aplicação da Teoria das Infraestruturas Essenciais a Novas Realidades

Dissertação de Mestrado em Direito elaborada sob a orientação da Senhora Professora
Doutora Sofia Oliveira Pais

Por Cláudia Couto

MESTRADO EM DIREITO DAS EMPRESAS E DOS NEGÓCIOS

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

MAIO 2016

Agradecimentos

Aos meus pais pelo carinho, incentivo e confiança.

À minha irmã Catarina pelo companheirismo incondicional e pelo exemplo.

À minha família e amigos por todo o apoio.

À Professora Sofia Pais pela orientação e disponibilidade pessoal.

Abreviaturas

Pg.	Página (s)
Para.	Parágrafo (s)
Vol.	Volume
Nº	Número (s)
Vs	Versus
Cf.	Conferir
V.	Ver
SS.	Seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TG	Tribunal Geral

Índice

Índice.....	5
Introdução.....	6
1. A obrigação de facultar acesso- a teoria das infraestruturas essenciais	7
1.1 Origem da sua aplicação no ordenamento norte-americano	9
1.1.1 Caso Terminal Railroad	9
1.1.2 Caso Otter Tail	10
1.1.3 Caso MCI	11
1.2 Origem da sua aplicação no contexto europeu	12
1.2.1 Caso Sealink	13
1.2.2 Caso Porto de Roedby	14
1.2.3 Caso Air Midlands.....	15
2. A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual.....	16
2.1 Caso Volvo	16
2.2 O teste das circunstâncias excepcionais- Magill	17
2.3 Caso Bronner	20
2.4 Caso IMS.....	21
3. Início de uma nova abordagem? O teste do balanço	22
3.1 Entre eficiência dinâmica e estática- a proteção da propriedade intelectual.....	25
4. Mercados da Nova Economia.....	27
4.1 Adaptação dos requisitos da teoria no caso Microsoft.....	28
4.1.1 Caso Bayer Cropscience	30
4.2 Google- o novo Microsoft? Diferente abordagem da Comissão	32
4.2.1 Infraestrutura Digital? Do indispensável ao útil	34
Conclusão	39
Bibliografia.....	41

Introdução

O direito da concorrência visa a proteção do livre funcionamento dos mercados e da garantia de uma dinâmica concorrencial. Para tal, por vezes, impõe restrições às opções a tomar pelos agentes no mercado, nomeadamente, quando esses com as suas condutas deturpam as condições que regem uma competição dita normal.

A atuação susceptível de influenciar a estrutura de um mercado que nos propomos a analisar no decurso desta dissertação é o abuso de posição dominante, proibido pelo Artigo 102º TFUE, mais propriamente o abuso por recusa de fornecer. Neste âmbito, analisaremos a origem da teoria das infraestruturas essenciais no ordenamento jurídico norte-americano e o seu processo de importação para “este” lado do atlântico, recorrendo a uma sistematização da jurisprudência que foi ditando os seus requisitos ainda que por vezes de forma implícita.

A aplicação da teoria das infraestruturas essenciais, isto é, a imposição de um dever de garantir acesso a determinados recursos, por implicar uma restrição ao direito de propriedade e ao princípio da autonomia privada deve ser encarada como reservada a situações verdadeiramente excecionais. O teste que nos permite aferir quando é que uma dessas circunstâncias excecionais se verifica foi desenvolvido e progressivamente esclarecido pelo TJ no decorrer de processos relativos a uma problemática específica da recusa de acesso, a recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual.

Daremos prosseguimento ao nosso trabalho partindo da consideração de que novos tempos acarretam mudanças. Isto é, tentaremos averiguar se pelas suas particularidades, os mercados inovadores que caracterizam a nova economia são merecedores de um tratamento diferenciado face aos primeiros casos referentes à teoria das infraestruturas essenciais. Incidiremos, ainda, sobre a alteração sentida a nível da eficiência que se tem preferido manter no mercado, nomeadamente por as atuais decisões do TJ demonstrarem penderem para a eficiência estática, ou seja, para uma menor proteção dos direitos de propriedade intelectual quando estes chocam com as normas do direito da concorrência.

De facto, a tónica dada aos efeitos, produzidos pela obrigação em licenciar direitos de propriedade intelectual ou mesmo em permitir o acesso a infraestruturas físicas, sobre os incentivos à inovação e ao investimento é hoje maior, o que justifica

que a escala de definição de um quadro legal rigoroso, ainda que fosse o ideal, se esteja a esbater cada vez mais.

1. A obrigação de facultar acesso- a teoria das infraestruturas essenciais

Os efeitos que se produzem no mercado quando um agente económico detém o acesso em exclusivo a um importante recurso produtivo merecem a atenção do direito da concorrência, uma vez que, dessa detenção pode surgir um poder de mercado tal que permita ao seu titular, designadamente sob a forma de uma recusa de acesso injustificada, distorcer a livre concorrência. Assim se compreende que “não será a mera detenção de um recurso produtivo essencial que merece a apreciação das normas de defesa da concorrência mas sim o eventual uso abusivo do poder de mercado gerado a partir dela”¹.

Embora não exista no direito comunitário uma obrigação geral de conceder acesso ou um dever geral de contratar², mediante determinados requisitos estabelecidos pelos tribunais europeus e que iremos analisar, a obrigação de uma empresa partilhar ativos com outros agentes do mercado tem vindo a ser imposta. O seu fundamento legal é o artigo 102º do TFUE, que, embora sem fazer uma referência expressa à recusa em facultar o acesso a bens e serviços, permitiu que a doutrina e a jurisprudência desenvolvessem o princípio geral de que será abusiva tal recusa por parte de uma empresa em posição dominante se essa sua conduta produzir efeitos significativos sobre a concorrência. A alínea b) do artigo 102º do TFUE é a que permite tal qualificação na medida em que reporta a práticas de empresas dominantes capazes de “limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores”, sendo esta a que tem mais interesse para o nosso estudo.

O facto de a proteção da propriedade privada e da liberdade contratual, princípios estruturantes no nosso ordenamento jurídico, acabarem aqui por terem de

¹ Freire, Paula Vaz, *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 49, nº 1-2, 2008, pg. 118.

² Moura e Silva, Miguel, *A tipificação da recusa de acesso à infraestruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência*, Revista da Concorrência e da Regulação, Janeiro/Março, 2010, pg. 279.

ceder perante outros interesses, como a maximização do bem-estar social, facilita a compreensão de que são situações verdadeiramente excepcionais as que desencadeiam uma obrigação de contratar. Foi neste âmbito que surgiu a teoria das infraestruturas essenciais, vejamos as problemáticas que acarreta.

A teoria das infraestruturas essenciais, em termos genéricos, impõe que um agente económico detentor de um recurso produtivo indispensável para o exercício da atividade de outra empresa lhe garanta o acesso de forma não discriminatória³.

Ao limitar a liberdade de uma empresa com uma posição privilegiada⁴ num determinado mercado, mediante uma distribuição dos recursos disponíveis, esta teoria visa possibilitar uma concorrência efetiva quer no mercado onde o seu titular exerce atividade, quer em mercados conexos cujo ambiente concorrencial é condicionado por tamanha vantagem competitiva⁵.

As autoridades da concorrência e os tribunais têm utilizado esta doutrina como instrumento capaz de promover a eficiência económica e garantir um elevado nível de bem-estar dos consumidores⁶. No entanto, importa não esquecer que há interesses que conflituam com estes últimos, nomeadamente os do titular da infraestrutura que espera a salvaguarda de uma compensação adequada para o seu investimento. O dever de partilha ditado pelo direito da concorrência pode, deste modo, pôr em causa os próprios objetivos da concorrência por minorar os incentivos à inovação e por poder vir a proteger pequenas e médias empresas ineficientes que sobrevivem por se aproveitarem dos investimentos de terceiros. Este decréscimo na inovação tornará o mercado menos diversificado, o que acarretará prejuízos para o consumidor final, nomeadamente por limitar a sua escolha. Nesta hipótese, o prejuízo que a alínea b) do Artigo 102º tenta

³ Doherty, Barry, *Just what are essential facilities*, Common Market. Law Review, vol. 38, Abril 2001, pg. 397.

⁴ Neste sentido, Paula Vaz Freire, ob. cit, pg. 121: “[o] pressuposto de domínio é, portanto, indissociável da noção de essential facility uma vez que o poder de mercado decorre justamente da sua detenção”. Esclarece ainda que o detentor do recurso terá de atuar no mercado sobre o qual recairá a obrigação de facultar o acesso, pois caso contrário não terá incentivos racionais para não contratar e que, o mesmo mercado não poderá ser competitivo. Havendo concorrência, o bem-estar dos consumidores não será afetado pela recusa dada a existência de outros produtos capazes de satisfazerem as suas necessidades.

⁵ Freire, Paula Vaz, ob. cit., pg. 117.

⁶ Pais, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência- Em defesa de um Modelo Europeu*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pg. 537.

evitar dar-se-ia numa mesma expressiva medida. A intervenção política da concorrência nesta área exige por isso as demais cautelas⁷.

No âmbito dos direitos de propriedade intelectual, caracterizados essencialmente por atribuírem ao seu titular o poder de dispor em exclusivo do seu bem⁸, estes perigos são ainda mais notórios. Nas palavras de LUÍS PINTO MONTEIRO, “[a] imposição de um dever de conceder licenças de propriedade intelectual poderá apresentar benefícios a longo prazo baixando os preços para o consumidor em consequência da maior oferta no mercado” porém, “os seus efeitos a longo prazo podem ser bastante adversos, por reduzirem a canalização dos recursos financeiros das empresas na investigação e desenvolvimento, causando uma consequente diminuição do bem-estar social”⁹.

De seguida, iremos analisar o desenvolvimento da teoria no seu ordenamento de origem, o norte-americano, e no contexto europeu, avançando desde já que pela comparação dos primeiros e mais notáveis casos que a aplicaram com os mais recentes, a evolução é bastante visível, nomeadamente por os primeiros envolverem instalações físicas, relacionadas com o sector dos transportes e, os segundos direitos de propriedade intelectual, pelos quais surge uma nova problemática, a recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual.

1.1 A origem da sua aplicação no ordenamento norte-americano

1.1.1 Caso Terminal Railroad Association

A teoria das *essential facilities* teve origem no direito antitrust dos Estados Unidos, num caso que remonta a 1912, o Terminal Railroad Association¹⁰. Este é considerado o *leading case*, embora o termo “infraestrutura essencial” não figure no acórdão¹¹.

⁷ Bordalo Junqueiro, Ricardo, *Abusos de posição dominante*, Almedina, 2012, pg. 127.

⁸ Sofia Pais, ob. cit., pg. 590.

⁹ Monteiro, Luís Pinto, *A Recusa em Licenciar Direitos de Propriedade Intelectual no Direito da Concorrência*, Almedina, 2010, pg. 93.

¹⁰ *United States vs. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1912).

¹¹ O conceito de infraestrutura essencial só foi expressamente usado, na jurisprudência norte-americana, em 1977, na decisão *Hecht*, v. infra (n 17).

O problema central aqui retratado diz respeito à concentração das diversas ligações aptas ao transporte ferroviário da cidade de St. Louis sob o controlo de um grupo de companhias de transportes ferroviários. Esta entidade, a Terminal Railroad Association, fez uso do seu monopólio sobre essas estruturas para impedir o acesso a companhias concorrentes que queriam oferecer serviços para e passando por aquela cidade.

Dada a impossibilidade de construção de novas travessias devido à situação geográfica e topográfica daquela região não o permitir, aquelas estruturas eram essenciais para a passagem ou mesmo entrada nas zonas industriais e comerciais de St. Louis. Atendendo a este facto, o Supremo Tribunal Norte-Americano condenou a Terminal Railroad Association a ceder o acesso, considerando ainda que não pode haver discriminação injustificada na concessão do acesso e que há uma responsabilidade civil baseada nessa recusa.

Aqui encontramos a génese de um dos aspetos centrais da teoria das infraestruturas essenciais, o controlo de um ativo, em forma de monopólio natural, que é essencial para que haja concorrência num dado mercado¹².

1.1.2 Caso Otter Tail

O processo Otter Tail¹³ envolve uma infraestrutura essencial num mercado regulado. A companhia Otter Tail Power Co., geradora e revendedora de eletricidade a consumidores finais e a municípios, detinha o monopólio natural sobre a rede de distribuição de eletricidade a retalho na sua zona de operação.

Face à possibilidade de outras comunidades entrarem naquele sector, a companhia impediu a utilização das suas linhas de alta tensão para a transmissão de eletricidade fornecida por outro produtor e recusou a venda de eletricidade a um concorrente que queria competir com ela no mercado de venda direta ao público.

O Supremo Tribunal decidiu que a Otter Tail violou a secção 2 do Sherman Act ao utilizar o seu domínio para excluir potenciais concorrentes, salvaguardando a sua

¹² Moura e Silva, Miguel, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, 2010, pg. 342.

¹³ Otter Tail Power Co. vs. United States, 410 U.S. 366, 377-79 (1973).

posição no mercado. No confronto entre as regras da concorrência e a regulação sectorial do mercado da energia, o tribunal considerou que o legislador ao prever um regime especial não pretendeu, contudo, afastar as primeiras, tendo mesmo deixado em aberto a possibilidade de uma interconexão de regimes.

1.1.3 Caso MCI

Esta foi a primeira decisão¹⁴ que invocou explicitamente a doutrina das infraestruturas essenciais¹⁵. Vejamos as circunstâncias que despoletaram o litígio.

O Tribunal Federal do Sétimo Círculo condenou a At&T a permitir a interligação, da MCI Communications, com a sua rede telefónica nacional. A recusa desse acesso excluía a concorrência no mercado das chamadas a longa distância, constituindo uma violação da Secção 2 do Sherman Act.

Em grande medida, a decisão baseou-se no facto de a partilha não causar grandes inconvenientes à AT&T e ser economicamente viável para as duas companhias¹⁶.

Neste acórdão, foram fixados os quatro elementos necessários à aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais, no contexto norte-americano¹⁷:

- (i) o controlo da infraestrutura por uma empresa monopolista, ou por um grupo de empresas dominantes no mercado;
- (ii) a existência de uma impossibilidade, prática e razoável, do potencial concorrente duplicá-la;
- (iii) que a recusa de acesso à infraestrutura seja efetuada a um concorrente do detentor da mesma e, por último,
- (iv) que o acesso seja exequível.

¹⁴ MCI Communications Corp. vs. AT&T, 780 F. 2D 1081 (1983).

¹⁵ Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *Concorrência- Estudos*, Almedina, 2006, pg. 50.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Estes requisitos surgiram na linha da anterior decisão *Hecht vs. Pro- Football*, de 1977, onde, devido à existência de uma cláusula de exclusividade com os residentes Washington Redskins, a autoridade pública, que controlava o estádio Robert F. Kennedy, impediu a American Football League Franchise for Washington de o utilizar. O tribunal norte-americano, considerou tal comportamento uma restrição ilegal do comércio, dada a impossibilidade prática de duplicação daquela infraestrutura que teria capacidade para que a sua posse fosse partilhada.

Um quinto elemento, que apenas implicitamente constava da decisão MCI, mais tarde veio a ser reconhecido pelos tribunais: a recusa de acesso não ter uma justificação válida¹⁸.

Encontramo-nos, agora, em condições de poder concluir que embora tenha tido a sua origem no ordenamento jurídico norte-americano, a teoria das *essential facilities* poucas vezes serviu de base à responsabilização de empresas nas decisões dos tribunais de primeira instância. No entanto, por estes terem aceite e aplicado os requisitos da mesma, podemos considera-la decisiva para a resolução de alguns casos, como os que analisamos¹⁹. Verdade é que a mesma nunca foi expressamente aceite pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.

1.2 A origem da sua aplicação no contexto Europeu

O ordenamento jurídico europeu, até aos inícios dos anos noventa, integrou a questão do acesso a recursos produtivos relevantes no âmbito do conceito do abuso de posição dominante²⁰. A recusa por parte das empresas obrigadas a facultar o acesso era assim qualificada como uma recusa em contratar e, uma vez que possibilitava a restrição da concorrência efetiva ou potencial num determinado mercado, era considerada uma prática abusiva, na aceção da alínea b) do Artigo 102º do TFUE²¹. Por este modo, as instituições europeias foram estabelecendo as condições de imposição da obrigação de facultar o acesso, sem fazerem menção expressa à doutrina das infraestruturas essenciais.

O caso *Commercial Solvents*²² foi a primeira decisão em que o Tribunal de Justiça relacionou uma recusa em fornecer determinados bens com princípios, mais tarde reiterados, que integram a doutrina das infraestruturas essenciais²³. Neste caso, o TJ considerou um abuso de posição dominante a conduta da empresa *Commercial*

¹⁸ Waller, Spencer Weber / Tasch, William, *Harmonizing Essential Facilities*, Antitrust Law Journal, 2010, pg. 3.

¹⁹ Frischmann, Brett / Waller, Spencer Weber, *Revitalizing Essential Facilities*, Antitrust Law Journal, vol. 75, nº 1, 2008, pg. 10 ss.

²⁰ Paula Vaz Freire, ob. cit., pg. 137.

²¹ *Ibidem*.

²² Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1974, *Instituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents v. Comissão*, Processos apensos 6 e 7/73.

²³ Miguel Moura e Silva, *O Abuso de Posição...*, ob. cit., pg. 309.

Solvents que por desejar reservar para si o mercado derivado, interrompeu o abastecimento de um seu cliente que nele já operava, eliminando assim toda a concorrência²⁴. “A inexistência de substitutos e o perigo da eliminação da concorrência foram vistos como indícios da vontade europeia em estabelecer a doutrina da infraestrutura essencial no plano da concorrência”²⁵.

Apesar deste trajeto inicial autónomo, o nosso ordenamento jurídico acabou por importar a doutrina norte-americana como confirmamos pela análise dos casos que se seguem.

1.2.1 Caso Sealink

A primeira decisão relevante em que Comissão Europeia recorreu, de forma clara, à teoria das *essential facilities* foi a decisão Sealink²⁶. A referência surge devido ao alegado abuso de posição dominante por parte da companhia Stena Sealink Ports, proprietária e operadora de ferries do porto de Holyhead, que demorou, pelos mais variados pretextos, a autorizar a concorrente, Sea Containers Lda, a poder operar no referido porto, único apto para a realização de serviços de ferry de passageiros e veículos no corredor central entre as ilhas da Grã Bretanha e da Irlanda.

Numa tentativa de proteger o seu operador de ferry, a Stena Sealink Line, a Stena concedia a outras empresas o acesso ao porto em condições menos favoráveis do que as dos seus próprios serviços e sem qualquer justificação objetiva.

A Comissão considerou que este tratamento preferencial, que lhe permitia utilizar o seu poder num mercado com o intuito de manter ou reforçar a sua posição noutro mercado conexo e que se consubstanciou numa vantagem competitiva, constituía uma violação do artigo 102º TFUE. “Uma empresa que tem posição dominante no fornecimento de uma infraestrutura essencial e por ela própria utilizada e que recusa ou apenas concede o acesso a essa infraestrutura a outras empresas sem justificação ou em condições menos favoráveis do que aos seus próprios serviços, infringe o artigo 86º

²⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1974, *Instituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents v. Comissão*, Processos apensos 6 e 7/73, para. 25.

²⁵ Sofia Pais, ob. cit., pg. 547.

²⁶ Decisão da Comissão 94/19/CE, de 21 de Dezembro de 1993, *Sea Containers v. Stena Sealink*, JO L15/8 de 18 de Janeiro de 1994.

(atual artigo 102º do TFUE), caso sejam preenchidas as restantes condições do referido artigo”²⁷.

Ficou ainda definido o conceito de infraestrutura essencial como “a instalação ou infraestrutura sem cujo acesso os concorrentes não poderão prestar serviços aos seus clientes”²⁸ e, foram primariamente enunciados os requisitos que estruturaram a construção europeia da doutrina. Assim, a empresa dominante para além de detentora deve também ser utilizadora da infraestrutura essencial, “ou seja, trata-se de uma empresa integrada verticalmente que enfrenta concorrência num mercado secundário”²⁹, e o acesso à mesma, indispensável para a atividade dos concorrentes nesse mercado conexo, não poderá ser negado sem uma válida justificada objetiva.

Esta decisão mostrou-se desfavorável para empresas titulares de infraestruturas essenciais pois ficam obrigadas a não discriminar os seus concorrentes e a ter de afastar a presunção que se estabeleceu de que a simples recusa de acesso constitui um abuso de posição dominante³⁰.

1.2.2 Caso Porto Roedby

A teoria foi igualmente afluída numa outra decisão, em que foi parte novamente a empresa Stena³¹. A disputa decorreu entre esta última e a empresa pública dinamarquesa, DSB, que realizava a travessia de ferry entre Roedby e Puttgarden, a mesma que a empresa Stena se dispunha a explorar. O governo dinamarquês, titular da infraestrutura essencial, recusou conceder o acesso às instalações portuárias existentes e permitir a construção de um novo terminal. Os argumentos avançados pelo governo relativos à existência de um possível dever de proteger a empresa pública da concorrência, nomeadamente por a esta ter sido confiada a missão de organizar e gerir os serviços prestados pelo porto de Roedby e, o de que a concorrência acrescida conduziria à saturação das atuais instalações, não prosseguiram. A Comissão entendeu

²⁷ Decisão da Comissão 94/19/CE, de 21 de Dezembro de 1993, *Sea Containers v. Stena Sealink*, JO L15/8 de 18 de Janeiro de 1994, para. 66.

²⁸ Decisão da Comissão 94/19/CE, de 21 de Dezembro de 1993, *Sea Containers v. Stena Sealink*, JO L15/8 de 18 de Janeiro de 1994, para. 66.

²⁹ Miguel Moura e Silva, *O Abuso de Posição...*, ob. cit., pg. 366.

³⁰ Sofia Pais, ob. cit., pg. 551.

³¹ Decisão da Comissão 94/119/CE, de 21 de Dezembro de 1993, *Porto Roedby*, JO L 55/52 de 26 de Fevereiro de 1994.

que a missão da empresa DSB não justificava a manutenção da situação de monopólio e que a introdução da concorrência, benéfica para os consumidores dado o possível aumento da qualidade do serviço prestado e a diminuição do seu preço, induziria a um aumento da procura que justificava a ampliação das instalações³². Assim sendo, considerou que a recusa constituía um abuso de posição dominante, nos termos do artigo 102º TFUE, pois “uma empresa que seja proprietária ou assegure a gestão e utilize ela própria uma instalação portuária fundamental, isto é, instalações ou infraestruturas sem as quais os seus concorrentes não podem propor serviços aos seus clientes, e que recuse a terceiros o acesso às mesmas, abusa da sua posição dominante”³³.

1.2.3 Caso Air Midlands

Num outro caso, a Comissão censurou a recusa, por parte da companhia aérea nacional da Irlanda, a Aer Lingus³⁴, que detinha uma posição dominante no mercado das linhas aéreas Londres-Dublin, em manter um acordo de interlining com a companhia aérea britânica Air Midlands, após esta ter entrado em concorrência com a primeira nessa mesma rota. O sistema de interline permitia a emissão de um só bilhete para viagens em que empresas distintas assegurassem os diferentes segmentos que compõem o voo entre os pontos de destino e de chegada e foi mantido com outros concorrentes.

Nesta decisão, a Comissão impôs uma obrigação de contratar muito lata pois não distinguiu a situação dos concorrentes que já atuavam ou não no mercado, bastando que a companhia pretendesse iniciar um novo serviço ou manter um serviço já existente, nem aceitou como justificação objetiva a simples intenção da empresa dominante não pretender ajudar aquele concorrente específico. Preocupações sobre a solvabilidade da companhia³⁵ já contariam como razão comercial objetiva de recusa.

³² Decisão da Comissão 94/119/CE, de 21 de Dezembro de 1993, *Porto Roedby*, JO L 55/52 de 26 de Fevereiro de 1994, para. 16.

³³ Decisão da Comissão 94/119/CE, de 21 de Dezembro de 1993, *Porto Roedby*, JO L 55/52 de 26 de Fevereiro de 1994, para. 12.

³⁴ Decisão da Comissão 92/213/CEE, de 26 de Fevereiro de 1992, *British Midland v. Aer Lingus*, JO L 096, de 10 de Abril de 1992.

³⁵ Decisão da Comissão 92/213/CEE, de 26 de Fevereiro de 1992, *British Midland v. Aer Lingus*, JO L 096, de 10 de Abril de 1992, para. 25 e 26.

Apesar do tardio reconhecimento de que esta situação configura um abuso de posição dominante, a British Midland conseguiu manter-se naquela rota, tendo a Comissão esclarecido que a legitimidade da recusa na altura em que foi apresentada não pode depender da capacidade de o concorrente, sofrendo uma desvantagem significativa, conseguir manter-se no mercado³⁶.

2. A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual

A jurisprudência europeia clarificou os critérios que conduzem à aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais no âmbito da sua pronúncia relativamente às situações de recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual.

A atribuição destes direitos respeita uma lógica de recompensa perante o esforço inventivo do seu autor. Logo, compreende-se que a restrição à concorrência que implicam seja tida como legítima. No entanto, quando os titulares de direitos exclusivos os utilizam de modo a distorcer a concorrência, esta disciplina não pode ficar imune.

Perante o paradigma do teste das circunstâncias excecionais, os processos que cumpre agora analisarmos, estabeleceram os requisitos que permitem concluir a aceitação, pelo ordenamento jurídico europeu, da aplicação da doutrina aos direitos exclusivos.

2.1 Caso Volvo

Este caso estabeleceu os princípios que regem a imposição de um dever de acesso relacionado com direitos de monopólio.

Aqui, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a recusa de fabricantes de automóveis licenciarem os modelos industriais que detinham sobre peças da estrutura dos veículos a terceiros. Considerou, esse órgão, que o exercício de um direito de exclusivo não conferia uma posição dominante, nem tão pouco seria um abuso nos termos do Tratado Europeu, pois que, impor ao seu titular a obrigação de conceder uma licença, ainda que mediante uma contrapartida razoável, atingiria a própria essência do

³⁶ Decisão da Comissão 92/213/CEE, de 26 de Fevereiro de 1992, *British Midland v. Aer Lingus*, JO L 096, de 10 de Abril de 1992, para. 29.

direito em causa³⁷. A faculdade de impedir terceiros de produzir ou de vender produtos integrantes de um direito protegido, sem consentimento do seu possuidor, constitui a substância desses direitos³⁸.

No entanto, foram mencionados três exemplos de situações onde a existência de um facto adicional levaria ao preenchimento do tipo de abuso proibido pelo Artigo 102º TFUE: “a recusa injustificada de venda de peças sobressalentes a oficinas de reparação independentes, a fixação do preço de peças sobressalentes a um nível não equitativo, ou a decisão de deixar de produzir peças sobressalentes para um determinado modelo, apesar de muitos veículos desse modelo ainda continuarem a circular”³⁹.

Estes exemplos de comportamentos abusivos, tidos como excepcionais, progrediram para um verdadeiro método de análise das condições que desencadeiam a imposição da obrigação de facultar acesso a direitos de propriedade intelectual⁴⁰. A jurisprudência no caso Magill fixou os parâmetros de tal paradigma.

2.2. O teste das circunstâncias excepcionais- Magill

Este acórdão tem particular importância pois consiste no primeiro contributo jurisprudencial sobre a existência de uma obrigação, por parte de uma empresa dominante, entrar em negociações com outras empresas no âmbito da propriedade intelectual⁴¹.

As instâncias europeias que se pronunciaram sobre este caso exploraram o condicionalismo, sem esquecer a regra firmada na anterior decisão Volvo de que a mera recusa não pode por si só ser proibida, que permite considerar a conduta de uma empresa em posição dominante e titular de direitos de propriedade intelectual como abusiva.

O comportamento censurado consistiu na recusa, por parte de certas estações de televisão do Reino Unido (ITV e BBC) e da Irlanda (RTE), em fornecer acesso às listas

³⁷ Sofia Pais, ob. cit., pg. 549.

³⁸ Luís Pinto Monteiro, ob. cit., pg. 105.

³⁹ Acórdão AB Volvo, para. 9 e Acórdão Consorzio Italiano, para. 16.

⁴⁰ Tiancheng, Jiang, *China and EU Antitrust Review of Refusal to License IPR*, Maklu, 2015, pg. 93.

⁴¹ Sofia Pais, ob. cit., pg. 554.

de programação, à editora Magill, impedindo-a de publicar um guia semanal que reuniria numa única revista a totalidade dos programas de todos os canais.

Chamada a intervir, a Comissão contrariou a decisão de um Tribunal Irlandês que proibiu Magill de publicar o guia com fundamento na violação dos direitos de autor, uma vez que, as listas, nos ordenamentos jurídicos das três operadoras televisivas em questão, eram protegidas como obras literárias⁴². Considerou que aquela informação protegida constituía um recurso essencial para a introdução de um novo produto no mercado e que a recusa tinha como intenção a manutenção de uma posição de monopólio no mercado de guias de televisão⁴³. Os direitos de autor foram usados como “instrumento de abuso de um modo que não integra o âmbito do objeto específico do direito de propriedade intelectual”⁴⁴⁻⁴⁵.

Quer o Tribunal de Primeira Instância⁴⁶, quer o Tribunal de Justiça⁴⁷ em sede de recurso, vieram confirmar esta decisão e determinaram que, por abusarem da sua posição dominante, os titulares de um recurso protegido por direitos de propriedade intelectual podem ser obrigados, em circunstâncias excecionais, a facultar o seu acesso a terceiros⁴⁸. Tal obrigação existe quando⁴⁹: a recusa consiste num obstáculo ao lançamento de um novo produto para o qual exista uma procura potencial por parte dos consumidores; a mesma não seja objetivamente justificada; a conduta da empresa dominante lhe permita reservar para si o mercado derivado.

Todas estas condições se verificaram neste processo, uma vez que:

- (i) não existia um substituto para o guia global semanal de informação sobre a programação de todas as estações de

⁴² Luís Pinto Monteiro, ob. cit., pg. 108.

⁴³ António Goucha Soares e Maria Marques, ob. cit., pg. 54.

⁴⁴ Decisão da Comissão 897205/CEE, de 21 de Dezembro de 1988, relativa a um processo em aplicação do artigo 86º do Tratado CEE IV/31.851 – Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE, Jornal Oficial nº L 078 de 21 de Março de 1989, pg. 0043-0051, para. 23.

⁴⁵ Relativamente à questão do objeto específico de proteção, alguns autores demonstraram “repugnância pela extensão do direito de autor a obras que não apresentavam um carácter secreto, inovador ou sequer relacionado com investigação” e que, por isso, não deviam sequer serem qualificadas como obras literárias. Cf., Miguel Moura e Silva, *O Abuso de Posição...*, ob. cit., pg. 329.

⁴⁶ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 10 de Julho de 1991, Proc. T-69/89, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP).

⁴⁷ Acórdão de 6 de Abril de 1995 Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Comissão, Processos apensos C-241/91 e C-242/91.

⁴⁸ Paula Vaz Freire, ob. cit., pg. 129.

⁴⁹ Cf. Acórdão de 6 de Abril de 1995, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Comissão, Processos apensos C-241/91 e C-242/91, para. 54 a 56.

televisão, sendo este um produto novo que satisfazia uma necessidade dos consumidores⁵⁰;

- (ii) tal recusa não foi objetivamente justificada, “entendendo-se como justificável a recusa em negociar necessária e proporcional à defesa dos interesses comerciais da empresa dominante”⁵¹; e
- (iii) da monopolização do mercado a jusante, pela negação do acesso à informação, gerou-se o efeito de exclusão da concorrência nesse mercado secundário.

Foi imposto um requisito nunca antes mencionado nos casos referentes a infraestruturas físicas, o de que a recusa impeça o aparecimento de um produto novo. Esta exigência adicional, que na opinião de SOFIA PAIS visa “a proteção das características e objetivos específicos desses direitos”⁵², marcou o início do tratamento diferenciado da obrigação de licenciar direitos exclusivos. Contudo, tal facto gerou incerteza no seio das empresas titulares de direitos de propriedade intelectual que recearam que os seus poderes de exploração pudessem vir a ser limitados pela procura de um produto novo⁵³.

Na realidade, os interesses dos consumidores prevaleceram perante os direitos daquelas empresas dominantes despoletando várias críticas por parte daqueles que viram nesta decisão uma intromissão excessiva no âmbito dos poderes que advêm dos direitos de propriedade intelectual⁵⁴.

O legado deixado por este processo tão relevante deixou, contudo, em aberto alguns aspetos, como o de saber se os requisitos aí estabelecidos são de natureza cumulativa e se os mesmos são aplicáveis a todos os casos de recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual⁵⁵. Deste modo, cumpre analisar de seguida os litígios que aprimoram e sedimentaram no contexto europeu estas diretrizes que compõem o teste das circunstâncias excepcionais.

⁵⁰ Miguel Moura e Silva, *O Abuso de Posição...*, ob. cit., pg. 332.

⁵¹ Paula Vaz Freire, ob. cit., pg.130.

⁵² Sofia Pais, ob. cit., pg. 604.

⁵³ Luís Pinto Monteiro, ob. cit., p. 111: “[T]anto a Comissão como o TJUE, enveredaram pela limitação dos direitos das empresas titulares de direitos de propriedade intelectual de forma a permitir o lançamento de um novo produto para o mercado”.

⁵⁴ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pg.142.

⁵⁵ Sofia Pais, ob. cit., pg. 556 ss.

2.3 Caso Bronner

A referência ao caso Oscar Bronner⁵⁶, ainda que o mesmo não diga respeito à recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual, justifica-se por ter permitido ao TJ clarificar algumas incertezas⁵⁷ criadas pela jurisprudência Magill.

O litígio surgiu por razão da Mediaprint, grupo editorial que controlava o mercado austríaco da imprensa diária, recusar à Oscar Bronner, produtora e distribuidora de um jornal diário de pequena dimensão, o acesso ao seu sistema de distribuição domiciliária de jornais.

A Mediaprint alegava que o seu sistema era fruto de avultados investimentos administrativos e financeiros e que o mesmo não tinha capacidade para ser aberto ao conjunto de editores de jornais diários austríacos. A empresa Bronner, por sua vez, sustentava que a concorrente detinha uma infraestrutura essencial e que, por isso, estaria obrigada a ceder o seu acesso sob pena de violação do artigo 102º TFUE.

O TJ considerou que o sistema de distribuição domiciliário da Mediaprint não era uma infraestrutura essencial pois não existiam limitações técnicas, legais ou económicas que impedissem a concorrente de desenvolver um sistema de distribuição próprio. Deste modo, introduziu um novo requisito, o da indispensabilidade⁵⁸, que não se verificava atendendo ao facto de existirem outros meios adequados à distribuição de jornais diários, “como a distribuição por via postal e a venda nas lojas e quiosques”⁵⁹ já instituídos, ainda que menos vantajosos⁶⁰. Na análise sobre o preenchimento das

⁵⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1998, Processo C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH.

⁵⁷ O processo Ladbroke, mais antigo, já tinha vindo a responder à questão relativa à natureza cumulativa ou alternativa dos requisitos estabelecidos em Magill. Sendo este referente a uma recusa em licenciar direitos de retransmissão televisiva, no seu julgamento, o TG defendeu o carácter alternativo dos requisitos pois considerou que a recusa só seria abusiva se dissesse respeito “a um produto ou a um serviço que se apresente como essencial para o exercício da atividade em causa, no sentido de que não existe qualquer sucedâneo real ou potencial, ou como um produto novo cujo aparecimento seria entravado, apesar de uma procura potencial específica constante e regular por parte dos consumidores”, cf., Acórdão Tiercé Ladbroke SA, Processo nº T- 504/93, cit., para. 131. Neste sentido, Clodhna O’Connell, *Evolution and Development of the Essential Facilities Doctrine in a European Competition Law Context*, 2009, pg. 6. Para a autora, a recusa foi considerada lícita, uma vez que, “a difusão dos sons e imagens das corridas hípias não constitui um serviço verdadeiramente diferente do que é já fornecido aos apostadores: o serviço de aceitação de apostas”.

⁵⁸ Jiang Tiancheng, ob. cit., pg. 95.

⁵⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1998, Processo C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH, para. 43.

⁶⁰ O critério seguido para aferir a indispensabilidade do produto ou serviço a que o acesso é requerido foi objetivo, isto é, teve em consideração as possibilidades abertas a todos os concorrentes e não apenas

condições que permitem concluir a existência de um abuso de posição dominante num caso de recusa de fornecer, sendo elas: “que a recusa do serviço que constitui a distribuição domiciliária seja de natureza a eliminar toda e qualquer concorrência no mercado dos jornais diários por parte de quem procura o serviço e não possa ser objetivamente justificada, mas ainda que o serviço seja em si mesmo indispensável, no sentido de que não exista qualquer substituto real ou potencial para o sistema de distribuição domiciliária”⁶¹, concluiu que as mesmas não se reuniam neste processo.

2.4 Caso IMS

A jurisprudência IMS⁶² veio reiterar e consolidar os critérios estabelecidos em Magill, esclarecendo tratarem-se de requisitos cumulativos.

O conflito que surgiu entre duas empresas, IMS e NDC, que atuavam no sector farmacêutico e se dedicavam à recolha e tratamento de dados sobre as vendas regionais de medicamentos na Alemanha, teve por base a recusa da IMS em licenciar a estrutura de 1860 módulos. Essa estrutura, ou base de dados, que permitia agrupar os estudos relativos às vendas de produtos farmacêuticos em módulos regionais, era uma das mais utilizadas pelas farmácias e pelos consultórios médicos, chegando mesmo a constituir uma norma sectorial de facto, e encontrava-se protegida por direitos de autor.

O TJ, chamado a pronunciar-se em sede de reenvio prejudicial, apoia a sua decisão nos processos antecedentes, estabelecendo que a recusa é abusiva se⁶³: o pedido de licenciamento tiver como objeto a criação de um produto ou serviço que não se limite à reprodução dos já existentes; a recusa não for justificada por razões objetivas; a mesma habilitar o titular dos direitos de propriedade intelectual a reservar para si o

àquele concorrente específico. Não bastou a Bronner arguir que não era economicamente viável para si criar o seu próprio sistema de distribuição atendendo à pequena circulação do seu jornal, sendo que para se considerar indispensável o sistema da Mediaprint, a requerente teria de demonstrar que nenhum outro jornal diário, sozinho ou em conjunto com outros, conseguisse realizar tal operação. Cf., Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1998, Processo C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH., para. 44 ss.

⁶¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1998, Processo C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH., para. 41.

⁶² Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG vs NDC Health GmbH & Co. KG, processo nº C-418/01, Col. 2004.

⁶³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG vs NDC Health GmbH & Co. KG, processo nº C-418/01, Col. 2004., para. 52.

mercado derivado e, se o produto ou serviço for indispensável para o concorrente desenvolver o seu negócio.

O TJ retomou a linha da jurisprudência Magill e reiterou o requisito do produto novo, embora não esclarecendo que características os mesmos têm de ter para assim serem considerados. Contudo, isso leva-nos a poder concluir pela existência de um teste mais exigente quando se trata de uma obrigação de licenciar direitos de propriedade intelectual⁶⁴.

3. Início de uma nova abordagem: teste do balanço

O caso Microsoft⁶⁵ corresponde ao mais recente precedente sobre a recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual.

Na origem deste longo litígio está uma decisão condenatória por parte da Comissão Europeia que considerou que a gigante Microsoft, empresa dominante no mercado dos sistemas operativos para PC clientes, infringiu o artigo 102º TFUE ao ter recusado disponibilizar a informação de interoperabilidade necessária para que a empresa Sun Microsystems Inc pudesse desenvolver e comercializar produtos concorrentes com os seus no mercado dos sistemas operativos para servidores de grupo de trabalho⁶⁶. Pela análise das condições do mercado dos sistemas operativos para PC clientes, onde a quota da Microsoft aumentara de 76,4% nos anos 1996 para mais de 90% nos anos 2000 e onde as barreiras à entrada de novos clientes eram elevadas, a Comissão concluiu que a recusa fazia parte de uma estratégia daquela empresa de afastar os concorrentes do mercado⁶⁷.

A falta de interoperabilidade entre os servidores de grupo de trabalho dos concorrentes e o sistema Windows impedia os concorrentes de desenvolverem produtos alternativos, prendendo os consumidores somente aos produtos da Microsoft.

⁶⁴Luís Pinto Monteiro, ob. cit., pg. 127.

⁶⁵ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601.

⁶⁶ A Comissão considerou que, apesar de distintos, os mercados dos sistemas operativos para PC clientes e o dos sistemas operativos para servidores de grupo de trabalho se interconectavam a nível comercial e tecnológico, motivo que justificou uma análise global do poder de mercado da Microsoft. Cf., Luís Pinto Monteiro, ob. cit., pg. 136.

⁶⁷ Decisão da Comissão de 24 de Março de 2004, (Processo COMP /C-3/37.792 Microsoft), para. 432.

Em sua defesa, a Microsoft alegou que a sua recusa estava objetivamente justificada por estarem em causa direitos de propriedade intelectual⁶⁸. A sua vantagem competitiva, adquirida mediante avultados investimentos em investigação e desenvolvimento direcionados a programas de computadores, encontrava-se protegida por esses direitos de exclusivo. Qualificar a sua recusa como abusiva seria negar toda esta proteção, o que desincentivaria a busca pela inovação. A Comissão não concordou com esta argumentação por considerar que a partilha das criações em prol do bem-estar social também é uma função essencial dos direitos de propriedade intelectual e que, a recusa, dada a ausência de competição, não aumentaria os incentivos da Microsoft em inovar mas, pelo contrário, os diminuiria⁶⁹. “*A decisão da Comissão foi assentar-se num balanço entre os efeitos negativos de uma obrigação em licenciar direitos de propriedade intelectual cotejados com os efeitos positivos que a licença imposta traz ao mercado*”⁷⁰. Com este entendimento, foi introduzido um novo teste, distinto do habitual seguido pela jurisprudência comunitária e inovador em matéria do teste das circunstâncias excecionais.

O critério do interesse público, nomeadamente o interesse da indústria em inovar e o dos consumidores no desenvolvimento técnico dos produtos, neste **teste do balanço**, veio a ser entendido como um substituto do anterior requisito do produto inovador. Isto depreende-se do facto de a Comissão estabelecer que se encontravam verificados os critérios da jurisprudência Magill e IMS⁷¹ mas em nenhuma disposição ter feito uma referência expressa sobre o critério do produto novo⁷². Na sua decisão, a lista das circunstâncias excecionais criada anteriormente pelos tribunais da União nesta matéria, não é tida como fechada, devendo as circunstâncias de cada caso concreto ser tomadas em consideração como foram aqui.

Em sede de recurso de anulação, o Tribunal Geral confirmou a decisão da Comissão não defendendo, contudo, que daquela adveio um teste novo. Tendo esse teste merecido críticas por parte de alguns autores, nomeadamente por ser “profundamente imprevisível e não orientar as empresas quanto à forma como devem proceder ao balanço da situação (...) fic[ando] por explicar, com o detalhe que se impunha, o que se

⁶⁸ Decisão da Comissão de 24 de Março de 2004, (Processo COMP /C-3/37.792 Microsoft), para. 709.

⁶⁹ Lévêque, François, *Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case*, Março 2005, pg. 11, in <http://ssrn.com/abstract=927900>.

⁷⁰ Luís Pinto Monteiro, ob. cit., pg. 150.

⁷¹ Decisão da Comissão de 24 de Março de 2004, (Processo COMP /C-3/37.792 Microsoft), para. 557 ss.

⁷² Sofia Pais, ob. cit., pg. 586.

entende por impacto positivo ou impacto negativo nos incentivos para a inovação de toda a indústria”⁷³, a verdade é que houve quem o considerasse vantajoso, uma vez que é mais consistente em termos económicos do que o critério da novidade. Contudo, este não foi o caminho escolhido pelo tribunal que manteve a linha das anteriores decisões e aplicou os seus critérios relembrando-os da seguinte forma: a recusa diz respeito a um produto ou serviço indispensável para o exercício de determinada atividade, a mesma é suscetível de excluir toda a concorrência no mercado derivado e, em terceiro lugar, essa conduta impede o lançamento de um novo produto para o qual exista uma procura potencial por parte dos consumidores⁷⁴. O requisito do produto inovador foi confirmado⁷⁵ pelo tribunal ainda que analisado de forma mais ampla considerando que essa condição, provinda das decisões Magill e IMS, não pode constituir o único parâmetro para determinar se uma recusa de conceder uma licença sobre um direito de propriedade intelectual é suscetível de causar prejuízo aos consumidores. Segundo o disposto no Artigo 102º, al. b) do TFUE, esse prejuízo pode decorrer de uma limitação no desenvolvimento técnico do produto. Assim se entende que o adjetivo “novo” foi aqui utilizado no sentido de inovar a tecnologia existente e não de criar um novo produto de raiz⁷⁶. Não é necessária a prova de que a recusa em licenciar impede o aparecimento de um novo produto, bastando que a mesma limite o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores. Este novo entendimento do requisito levou a um alargamento do âmbito de aplicação das circunstâncias excecionais⁷⁷.

Importa ainda referir que o tribunal afastou o argumento da Microsoft de que a proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual serviria de justificação objetiva para a recusa em licenciar. De facto, a autoridade considerou que esse pode ser um motivo capaz de preencher esse requisito mas, contudo, no caso em concreto, as justificações apresentadas pela Microsoft foram muito vagas e teóricas sendo que esta

⁷³ Luís Pinto Monteiro, ob. cit., pg. 221.

⁷⁴ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 332.

⁷⁵ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 665.

⁷⁶ Squitieri, Mauro, *Refusal to License Under European Union Competition Law After Microsoft*, Journal of International Business and Law, vol. 1, Issue 1, 2012, pg.18.

⁷⁷ Gifford, Daniel J., *The European Union, the United States, and Microsoft: A Comparative Review of Antitrust Doctrine*, CLEA 2009, pg. 10.

apenas evidenciou a possibilidade de redução dos incentivos à inovação sem nunca ter especificado em que tecnologias ou produtos os mesmos efeitos ocorreriam⁷⁸.

Destarte, embora concluamos que as condições definidas em Magill permaneceram válidas para a aplicação da teoria aos casos de recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual, importará analisar de seguida algumas das considerações especiais que o Tribunal aqui adotou, visto que abriram portas para alguns comentários doutrinários sobre uma possível adaptação dos requisitos da teoria da infraestrutura essencial nos mercados tecnológicos.

3.1 Entre eficiência dinâmica e estática- a proteção da propriedade intelectual

A difícil resolução dos conflitos entre direitos de propriedade intelectual e o direito da concorrência ganhou um novo ânimo com o caso Microsoft. De facto, apesar de ambas as normas terem o objetivo em comum de aumentar o bem-estar geral nos mercados, nomeadamente mantendo um nível ótimo de eficiência, as formas para equilibrar as diferentes vias que cada uma toma para os prosseguir, não se manteve igual desde o início do tratamento da problemática da recusa de empresas dominantes licenciarem direitos de propriedade intelectual até este último caso. Uma preliminar compreensão dos dois tipos de eficiência existentes no mercado ajuda na compreensão desta temática.

A eficiência estática, uma vez que atenta nos efeitos da conduta na estrutura presente do mercado, requererá a mínima proteção para os direitos de exclusivo. Pelo contrário, considerações da eficiência dinâmica, por incluírem as implicações de um comportamento particular a longo termo, procuram fortes garantias para as criações intelectuais. Enquanto nos casos precedentes, Magill, IMS e Bronner, o tribunal privilegiou a eficiência dinâmica, no caso Microsoft, a eficiência estática prevaleceu⁷⁹. De facto, neste, ponderaram-se as matrizes de incentivos. Uma maior concorrência pode

⁷⁸Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 689.

⁷⁹Angelov, Martin, *The Exceptional Circumstances Test: Implications for Frand Commitments from the Essential Facilities Doctrine under article 102° TFUE*, European Competition Journal, Abril 2014, pg. 48 e 54.

vir a servir de incentivo maior para as empresas procurarem constantemente a inovação. Atendendo às especificidades dos mercados dinâmicos, uma forte proteção da propriedade intelectual pode criar entraves ao desenvolvimento de produtos novos complementares ou compatíveis aos já existentes⁸⁰. “Quando a inovação é sequencial e complementar, a concorrência pode aumentar os lucros das empresas, ao passo que, direitos de exclusivo podem diminuir a inovação e, por conseguinte, o bem-estar social”⁸¹. O pressuposto seguido foi o de que, dada a rápida velocidade a que se processam as mudanças tecnológicas nesses mercados, a imposição de uma licença compulsória neste contexto não acarreta um dos seus principais efeitos negativos para a economia, o de desincentivar o investimento.

Assim, compreende-se o como a lógica das primeiras decisões, onde a liberdade das empresas e a proteção dos direitos de propriedade intelectual prevalecia face à intervenção das autoridades da concorrência, no sentido de impedirem potenciais abusos da posição dominante por parte dos titulares de tais direitos, se inverteu, e o porquê de na sua última pronúncia, o tribunal ter optado pelo bem-estar dos consumidores, pelo critério do interesse público⁸². A indústria tem mais a ganhar com a revelação da informação da interoperabilidade do que a dar prevalência à proteção dos direitos de propriedade intelectual. Mesmo na doutrina norte-americana⁸³, encontramos apoiantes deste novo critério de valoração na aplicação da teoria. Na opinião de Armando Ortiz⁸⁴, a par dos requisitos fixados no Acórdão MCI, alternativamente se deve escolher entre uma de duas novas condições: que a infraestrutura seja considerada essencial para o bem-estar social tido como um todo ou que, a infraestrutura seja necessária para um

⁸⁰Graef, Inge, *Tailoring the essential facilities doctrine to the ITSector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft*, Cambridge Student Law Review, 2011, pg. 13.

⁸¹*Ibidem*, pg. 15, tradução nossa.

⁸²Martin Angelov, ob. cit., pg. 55.

⁸³Importa referir que com o caso *Trinko - Verizon Communications Inc v. Law Offices of Court V. Trinko*, LLP, 540 USA 398, 408, 2004- o Supremo Tribunal restringiu o âmbito de aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais, chegando mesmo a questionar a sua existência. Neste processo, por se tratar do acesso a um mercado objeto de regulação sectorial, o das telecomunicações, afastaram-se as leis antitrust. O entendimento foi o de que cabe à entidade reguladora definir os termos de acesso às suas infraestruturas. A opinião de Philip Areeda, que defenia a doutrina como um mero epíteto necessitado de ver os seus limites delimitados para que com a sua aplicação não acabe por sair prejudicado o investimento e a inovação, foi aqui seguida. Cf. Paula Vaz Freire, ob. cit., pg.126 e Lipky, Abbot B. Jr. / Sidak, J. Gregory, *Essential Facilities*, Stanford Law Review, Vol. 51, nº 5, Maio 1999, pg. 1189. Deste modo, compreende-se o porquê da opinião de Armando Ortiz ser inovadora, v. infra (n84).

⁸⁴Ortiz, Armando A., *Old Lessons Die Hard: Why the essential facilities doctrine provides courts the ability to effectuate competitive balance in high technology markets*, Journal of High Technology Law, 2012, pg. 209.

mercado particular com características de um monopólio natural, onde exista um elevado perigo de ocorrer uma extensão do domínio até um mercado secundário.

No entanto, a solução da licença compulsória para contrapesar os interesses em conflito num caso de recusa em licenciar propriedade intelectual não é imune a defeitos. Um deles relaciona-se com a certeza jurídica que parece desaparecer na medida em que os critérios para a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais não são uniformemente aplicados a todos os casos. Assim, é extremamente difícil para uma empresa dominante prever quando a sua recusa poderá ser considerada um abuso de posição dominante. Outro defeito prende-se com a longa duração dos litígios que precedem à imposição da licença compulsória. Por vezes uma solução alternativa, como uma ação direta, é preferível⁸⁵.

4. Mercados da Nova Economia

Os mercados da nova economia são muitas vezes definidos por referência a “indústrias de alta tecnologia, indústria de concorrência dinâmica, indústrias inovadoras, mercados da economia digital ou da economia inovadora”⁸⁶. Embora não haja unanimidade sobre a melhor designação para estes mercados emergentes, há características que revelam a sua autonomia ou, pelo menos, a sua distinção face aos mercados ditos tradicionais⁸⁷.

Estes mercados caracterizam-se pelos efeitos de rede que propiciam, pelo aparecimento de rápidas mudanças tecnológicas, por grandes investimentos orientados para a investigação e desenvolvimento de produtos novos mas por baixos custos de produção e, por elevados custos de mudança na ótica do consumidor⁸⁸.

Será a nova economia tão diferente ao ponto de afastar teorias centenárias, como a teoria das infraestruturas essenciais, que facilitam a identificação de condutas abusivas? Ou poderá a sua aplicação adaptar-se aos desafios da terceira revolução industrial⁸⁹? Na

⁸⁵Inge Graef, ob. cit., pg. 19.

⁸⁶Rato, Miguel / Petit, Nicolas, *Abuse of Dominance In Technology-Enabled Markets: Established Standards Reconsidered*, European Competition Journal, Abril 2013, pg. 2, tradução nossa.

⁸⁷Verhaert, Joyce, *The challenges involved with the application of article 102° TFUE to the New Economy: A case study of Google*, European Competition Law Review, vol. 35: Issue 6, 2014, pg. 270.

⁸⁸ Armando A. Ortiz, ob. cit., pg.194 e 195. Análise mais detalhada no ponto 4.1.

⁸⁹ *Ibidem*, pg. 193.

sua pronúncia mais recente sobre uma recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual, no caso Microsoft, que se insere neste tipo de mercados, o Tribunal tomou em consideração as especificidades do mercado fazendo referências expressas a algumas delas, como é o caso dos efeitos de rede e da existência de standards tecnológicos⁹⁰.

Sob o prisma desta decisão, somos da opinião de que a aplicação da teoria deve então adaptar-se às circunstâncias de cada caso concreto e a cada sector industrial, dada a impossibilidade de se estabelecerem requisitos aplicáveis uniformemente a toda a economia. Na análise da possível aplicação de uma licença compulsória deve atender-se ao facto dos seus efeitos no bem-estar da economia dependerem dessas características específicas e da dinâmica particular de cada sector.

Uma vez relacionada com a alta tecnologia, esta nova economia tem crescido em torno da propriedade intelectual, que compensa os avultados investimentos em inovação e desenvolvimento e protege a criação do *first-mover*⁹¹. Assim sendo, estes mercados são tipicamente popularizados por monopólios naturais, ambiente normal de atuação da teoria das infraestruturas essenciais. A existência de elevadas barreiras à entrada, resultantes dos efeitos de rede e dos custos de mudança prendem os consumidores aos produtos oferecidos pelas empresas já existentes. No entanto, mesmo o domínio por parte desses monopólios deve ser analisado atendendo a novos parâmetros⁹².

A intervenção do direito da concorrência, nestes casos, não conflitua com os objetivos da atribuição de direitos de propriedade intelectual, uma vez que só visa corrigir a situação do mercado⁹³. Como disse o Advogado-Geral Jacobs, nas suas Conclusões no caso Bronner, “enquanto os direitos de propriedade intelectual restringem a concorrência apenas por um período limitado de tempo, o monopólio de uma empresa sobre um produto, serviço ou infraestrutura pode ditar uma permanente exclusão de concorrência num mercado relacionado”⁹⁴. A proteção concedida pelos direitos de propriedade intelectual não cumpre o seu propósito de estimular a

⁹⁰ Ver infra, ponto 3.1.

⁹¹ Inge Graef, ob. cit., pg.

⁹² Joyce Verhaert, ob. cit., pg. 268.

⁹³ Vezzoso, Simonetta *The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation ‘Economics-Based’ Approach*, European Competition Law Review, vol. 27, n.º 7, 2006, pg. 8ss.

⁹⁴ Conclusões do Advogado-Geral Jacobs apresentadas no acórdão Oscar Bronner GmbH & Co. KG., para. 64.

concorrência se pelo seu exercício vier a ocorrer uma distorção da mesma em todo um sector do mercado⁹⁵.

4.1 Adaptação dos requisitos da teoria no caso Microsoft

Uma adaptação dos requisitos de aplicação da teoria é comprovada se atendermos a determinadas excertos da decisão do tribunal, onde foram sido descritos e consideradas características típicas dos mercados da nova economia, nomeadamente do sector tecnológico.

A existência dos **efeitos de rede**, característicos deste mercado, foi tomada em consideração pelo tribunal a respeito do requisito da **eliminação da concorrência**⁹⁶. Os efeitos de rede ou externalidades existem se o valor de um produto ou serviço aumentar mediante o número de utilizadores que dele fazem uso. Assim, há efeitos de rede diretos- quando o aumento do número de utilizadores trás benefícios para todos os que usam aquela rede- e, indiretos- se o valor da rede aumenta em razão do número de produtos compatíveis com a mesma. Reportando estes conceitos para o caso da Microsoft: o valor do sistema Windows era elevado dado que era largamente utilizado. Por esse facto, a demanda de programas compatíveis com esse sistema também era grande, daí que os concorrentes, afetados por esses efeitos de rede não pudessem concorrer efetivamente no mercado do sistema operativo para PC clientes.

Quanto à condição da **indispensabilidade** da informação de interoperabilidade, o Tribunal menciona que a Microsoft criou um **standard industrial** e que a recusa impedia todos os concorrentes de o usar⁹⁷. Para este, só a partir desse momento, em que o titular de um direito de propriedade intelectual obsta à manutenção de uma concorrência efetiva no mercado que domina por a sua criação ser valorada como um standard naquela indústria⁹⁸, é que nasce a obrigação de licenciar. “Por outras palavras, a ideia é a de que uma empresa deve esforçar-se para aperfeiçoar os seus produtos e investir no sentido da sua inovação, mas não ao ponto de os tornar numa standard

⁹⁵ Simonetta Vezzoso, ob. cit., pg. 10ss.

⁹⁶ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 562.

⁹⁷ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 392.

⁹⁸ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 664.

tecnológico porque aí a estrutura do mercado é prejudicada assim como os consumidores”⁹⁹-¹⁰⁰.

A informação a que é negado o acesso é um produto que requer custos elevados a produzir, os custos das primeiras “cópias” são grandes. Por este motivo, os concorrentes não tentam competir diretamente criando uma nova rede, mas sim introduzindo produtos compatíveis em mercados relacionados. Estas características de uma situação de monopólio natural, elevadas **barreiras à entrada** (altos custos de produção, baixos custos de reprodução), foram também relevantes para orientar o órgão jurisdicional no sentido da possível criação de um **produto novo**, ainda que apenas por referência a um mero desenvolvimento tecnológico¹⁰¹. Criar uma nova rede seria socialmente desvantajoso, dados os custos que acarretaria, então a solução para por fim à limitação de escolha dos consumidores seria decretar ilegítima a recusa que impede o desenvolvimento tecnológico dos produtos compatíveis com o sistema da Microsoft.

4.1.1 O caso Italiano Bayer Cropscience

Na doutrina¹⁰², não tardou em surgir a consideração desta adaptação dos requisitos de aplicação da teoria como um marco da diminuição do grau de prova necessário para que se preencham as circunstâncias excepcionais que levam a que a recusa por parte de um titular de direitos de propriedade intelectual constitua uma violação do artigo 102º TFUE. Como verificamos, dado o ambiente concorrencial onde a empresa opera, as três condições fixadas na jurisprudência anterior foram, no acórdão Microsoft, interpretadas atendendo a critérios menos rígidos¹⁰³. Quanto ao requisito da indispensabilidade da informação de interface, o tribunal foi menos exigente do que, por exemplo no anterior caso Bronner, uma vez que, neste último o tribunal defendeu não

⁹⁹ Martin Angelov, ob. cit., pg. 57, tradução nossa.

¹⁰⁰ Neste sentido, Paula Vaz Freire, ob. cit., pg. 133, “[r]elativamente a indústrias de alta tecnologia e caracterizadas por elevadas externalidades de rede, afirma-se que o acesso a direitos de propriedade intelectual é indispensável quando a tecnologia por eles protegida se tornou um standard dominante ou quando o fornecimento de informação que permita conexões tecnológicas, seja necessário para entrar ou permanecer no mercado”.

¹⁰¹ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 650-652.

¹⁰² Cf., Ridyard, Derek, *Compulsory Access under EC Competition Law- A New Doctrine of “Convenient Facilities” and the Case for Price Regulation*, European Competition Law Review, 2004, pg. 670 e Renda, Andrea, *Competition-regulation interface in telecommunications: what’s left of the essential facility doctrine*, Telecommunications Policy, 2010, pg. 28.

¹⁰³ Inge Graef, ob. cit., pg.18.

ser decisivo se o acesso ao produto ou serviço procurado é a possibilidade mais vantajosa caso haja outras alternativas que sejam viáveis para os concorrentes mas, em Microsoft, o tribunal, indo ao encontro da opinião da Comissão, concluiu que embora existam outras alternativas no mercado, as mesmas não possibilitam aos concorrentes ficar em pé de igualdade para competir com o titular dos direitos de propriedade intelectual, sendo a informação de interoperabilidade considerada indispensável¹⁰⁴-¹⁰⁵. Relativamente à exigência da eliminação de toda a concorrência do mercado, esta passou de ser uma eliminação atual, que se verificava nos anteriores casos Magill e IMS, para meramente potencial¹⁰⁶. Por último, o requisito do produto novo, que como já tivemos oportunidade de ver, passou a bastar-se por meras limitações ao desenvolvimento técnico.

A certeza e a segurança jurídica no que toca à aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais aos casos de recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual foram abaladas. Esta afirmação fica ainda melhor fundamentada se atendermos a uma decisão mais recente, data de 2011, tomada a nível nacional num estado membro da União.

Num caso que envolve a indústria farmacêutica, a Autoridade da Concorrência Italiana, parece ter ignorado o requisito do novo produto. A disputa deu-se entre a empresa farmacêutica Bayer Cropscience, acusada de abusar da sua posição dominante por ter recusado disponibilizar estudos toxicológicos, e a empresa portuguesa de fabrico de genéricos, Sapec. Os referidos estudos eram essenciais para que os concorrentes conseguissem renovar a sua autorização para produzirem fungicidas genéricos dos da marca Brayer, tendo esta conduta levado a um aumento de 15% da quota de mercado da Bayer. Na sua decisão¹⁰⁷, em que impôs uma multa de cinco milhões de euros à Bayer, a autoridade foi além do estabelecido na jurisprudência Microsoft e não considerou o requisito de que a recusa é abusiva se impedir o aparecimento de um produto novo para o qual há uma procura potencial por parte dos consumidores. Não há referência a que

¹⁰⁴ Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 345-347.

¹⁰⁵ Inge Graef, ob. cit., pg. 7.

¹⁰⁶ “No caso em apreço, a Comissão teve toda a razão em aplicar o Artigo 102º TFUE antes que a eliminação da concorrência no mercado dos sistemas operativos para servidores de grupos de trabalho se tivesse totalmente materializado, tanto mais que esse mercado se caracteriza por efeitos de rede significativos e que essa eliminação seria, consequentemente, dificilmente reversível (...)”, cf., Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 562.

¹⁰⁷ IAA Decision of 28 June 2011, nº 22558, A415 Sapec Agro/Bayer-Helm, Bulletin nº 26 of 28 July 2011.

uma análise feita nesse sentido tenha ocorrido. “Ao que parece, contrariamente ao tribunal de justiça europeu, que só qualifica como abusiva a recusa em licenciar se se encontrarem preenchidas determinadas circunstâncias excepcionais, esta comissão aparentemente reconhece que o dever de licenciar é um corolário da responsabilidade especial que recai sobre todas as empresas em posição dominante, sujeito a requisitos mais brandos do que os exigidos nos processos IMS e Microsoft”¹⁰⁸. Esta abordagem da comissão italiana serve para aumentar ainda mais a incerteza jurídica, ao demonstrar o risco do resultado de cada decisão ser distinto nas diferentes jurisdições dos estados membros¹⁰⁹.

4.2 Google, o novo Microsoft?¹¹⁰ – diferente abordagem nas decisões da Comissão

Nos casos de recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual, até ao acórdão Microsoft, a jurisprudência do TJ foi aplicada de forma consistente. Em Magill e IMS, o tribunal seguiu os parâmetros das decisões anteriores. Já no caso Microsoft, embora os tenha referido, o tribunal aplicou os critérios de forma diferente.

Há referências feitas pelo tribunal que mostram a sua sensibilidade perante as especiais circunstâncias daquele caso em concreto, que nos levam a concluir que o tribunal adaptou a teoria à situação excepcional daquele mercado.

Os termos em que a conduta de uma empresa em posição dominante¹¹¹ num dado sector desses novos mercados pode ser considerada abusiva, nomeadamente pela recusa em permitir o acesso a uma infraestrutura essencial ser capaz de ditar a

¹⁰⁸ Arena, Amedeo / Bergmann, Bettina / Hilmes, Jay L., Two bodies of law separated by a common mission: unilateral conduct by dominant firms at the IP/Antitrust Intersection in the EU and the US, *European Competition Journal*, vol. 9, nº3, Dezembro 2013, pg. 631.

¹⁰⁹ Stefano, Gianni, *Tough Enforcement of Unilateral Conduct at the National Level: Italian Antitrust Authority Sanctions Bayer and Pfizer for Abuse of Dominant Position (aka AstraZeneca Ruling and Essential Facility Doctrine in Italian Sauce)*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, vol. 3, nº4, pg. 397 e 402.

¹¹⁰ Mashjari, Omar, *Article 102° TFUE & The Competitor Claim: the implications for the technology sector, 2014*, disponível em: <file:///C:/Users/cl%C3%A1udia/Downloads/SSRN-id2550743.pdf>, pg. 24.

¹¹¹ Ainda que a questão do poder de mercado da Google não seja unanime. Cf. Renda, Andrea, *Searching for harm or harming search- a look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, *Centre for European Policy Studies*, nº 18, Setembro de 2015, pg. 29-32.

eliminação da concorrência efetiva nesse mercado¹¹², foram novamente explorados pela Comissão numa investigação que teve início em 2010. Nesta, uma diferente abordagem face à singular natureza dos mercados da economia digital sobressai, o que nos leva a ponderar a hipótese de, independentemente de se tratar de um caso de abuso de posição dominante surgido pela recusa em licenciar propriedade intelectual ou pela recusa em permitir o acesso a infraestruturas físicas, a adaptação da teoria é premente. É este o sentido da interrogação “Google, o novo Microsoft?” e é esta a questão que nos dispomos a explorar.

Numa avaliação preliminar, em Março de 2013, a Comissão delineou quatro tipos de práticas comerciais adotadas pela Google que podem constituir um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º do TFUE, nomeadamente: i) a forma como os serviços de pesquisa vertical da Google são apresentados como resultados da pesquisa geral, comparativamente aos serviços dos concorrentes; ii) a forma como a Google pode utilizar e apresentar conteúdos de terceiros nos seus serviços de pesquisa vertical; iii) os acordos de exclusividade celebrados para a oferta pela Google de anúncios ligados a pesquisas noutros sítios Web; e iv) as restrições em matéria de portabilidade de campanhas de publicidade AdWords¹¹³⁻¹¹⁴.

Aqui a Comissão, ao invés de desencadear uma batalha judicial para a averiguação da verificação dos requisitos do artigo 102º TFUE, privilegiou a adoção de uma decisão de compromissos nos termos do Artigo 9º do Regulamento (CE) nº 1/2003¹¹⁵. Assim sendo, propôs à Google a apresentação de propostas para a solução das situações descritas, *“evitando a abertura de procedimentos formais por meio de uma declaração de oposição e uma futura decisão de imposição de multas e medidas corretivas”*¹¹⁶.

¹¹²Acórdão de 17 de Setembro de 2007, Microsoft Corp v. Comissão, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 3601, para. 563.

¹¹³ Joyce Verhaert, ob. cit., pg. 265.

¹¹⁴ Saretta Ferrari, Lucas, *Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante*, Revista da Concorrência e Regulação, nº 14/15, Abril/Setembro 2013, pg.25.

¹¹⁵ Um decisão nestes termos trás vantagens quer para a Comissão quer para as empresas envolvidas. Para estas últimas porque evitam o impacto negativo para a sua reputação de uma decisão de proibição e de uma decisão formal de violação contra elas e, para a Comissão, porque resolvem e identificam problemas concorrenciais de maneira efetiva e mais célere, capaz de restaurar mais rapidamente a concorrência no mercado, seguindo um procedimento mais curto, cf., Comissão Europeia (2013), *“To commit or not to commit? Deciding between prohibition and commitments”*, Competition Policy Brief, Issue 3, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-189_en.htm.

¹¹⁶ Lucas Saretta Ferrari, ob. cit., pg. 7.

Poderá esta mudança de atitude, face ao caso Microsoft, demonstrar que a Comissão começa agora a privilegiar caminhos alternativos à aplicação da proibição de abusos, como a solução disposta no referido Artigo 9º? Isto é, será esta atitude reveladora de um novo método que leva à dispensa da prova formal da violação da lei da concorrência, nomeadamente do artigo 102º b) TFUE, tornando mais ágil a resolução do possível abuso? A verdade é que o caminho seguido no caso precedente deixou que a inovação continuasse a ser sufocada durante mais três anos, tempo que decorreu entre a sua decisão inicial e o julgamento do Tribunal Geral em sede de recurso. Esta experiência parece ter demonstrado ser necessária uma alteração de atitude face à natureza complexa dos mercados caracterizados pela constante dinamização tecnológica.

A análise necessária para esta investigação requer igualmente uma ponderação das características dos mercados da nova economia, nomeadamente os mercados dos motores de pesquisa onde a Google opera.

4.2.1 Infraestrutura digital- do essencial ao útil

As reclamações contra a Google que originaram a abertura da investigação por parte da Comissão foram realizadas por outros motores de pesquisa concorrentes¹¹⁷ e baseavam-se num alegado desfavorecimento dos seus serviços por ser-lhes recusado o topo da lista dos resultados de pesquisa apresentados pela Google, bem como na exposição privilegiada dos próprios produtos da mesma nessa lista. Perante este desfavorecimento, a Google diminuiria os incentivos para que os concorrentes do mercado relacionado das pesquisas verticais desenvolvessem novos serviços de pesquisa, podendo chegar mesmo a ser colocada em risco a sobrevivência da concorrência nesse mercado.

Poderá um motor de pesquisa ser considerado uma infraestrutura essencial? Poderá a Comissão considerar, por analogia às situações relacionadas com a aplicação

¹¹⁷ Estes concorrentes queixosos eram motores de pesquisa verticais ou em linha, isto é, realizavam pesquisas direcionadas a conteúdos específicos e não pesquisas globais relacionadas a toda a informação disposta em rede. Para servirem de exemplo, duas das primeiras empresas denunciadas foram a Foundem- especialista em comparação de preços- e a eJustice- especializada em informações jurídicas.

da teoria das infraestruturas essenciais, que a presença no topo da lista de resultados¹¹⁸ no serviço de pesquisa global da Google é indispensável à prestação dos serviços de pesquisas verticais? A resposta parece ser negativa no seguimento das seguintes considerações.

Dado que a Google é o principal ponto de entrada à navegação em linha, compreende-se que a atividade dos serviços de pesquisa verticais dependa em grande escala da sua exposição na lista de resultados da Google, melhor forma de atrair usuários. No entanto, encarar os serviços desta gigante online, popular e bem sucedida como indispensáveis à atividade económica de outros agentes não será confundir indispensabilidade com utilidade? Existem outras **alternativas viáveis** que, quer para empresas de e-comércio quer para outros motores de pesquisa verticais, podem ser usadas como fonte de promoção dos seus serviços. É o caso dos anúncios em revistas, na televisão, da utilização de redes sociais como ferramentas para desenvolverem esquemas inovadores de marketing¹¹⁹. Na ótica dos utilizadores, também não se encontra preenchido o requisito da indispensabilidade na medida em que estes podem aceder a qualquer website por via do seu próprio URL e pela gama cada vez mais díspar de portais de internet a que podem e têm recorrido, como as aplicações para os smartphonese mesmo as redes sociais, que lhes permitem aceder à informação que procuram sem sequer recorrerem a um motor de busca global¹²⁰.

Prova de que a **concorrência continuou a existir no mercado** é o facto de, passados já seis anos desde que a investigação da Comissão se iniciou, continuarem a existir centenas de concorrentes, tendo inclusivamente muitos deles crescido¹²¹. Isto demonstra que mediante a utilização de outras alternativas, os concorrentes sempre

¹¹⁸ Cf., Lao, Marina, *Search, Essential Facilities, and Antitrust Duty to Deal*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 11, Issue 3, 2013, pg. 302. Concordamos com a opinião da autora quando refere que, uma vez que não há exclusão de concorrentes no processo de pesquisa, sendo o acesso a este garantido ainda que venham a ocupar um lugar inferior, a infraestrutura a que poderá ter sido negado o acesso será o topo da lista de pesquisas.

¹¹⁹ Manne, Geoffrey A., *The Next Digital Decade- Essays on the Future of the Internet: The problem of search engines as essential facilities: an economic legal assessment*, TechFreedom, Washington, D.C., 2010, pg. 423, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747289.

¹²⁰ Marina Lao, ob. cit., pg. 299. Este é um dos aspetos que distingue o mercado digital do mercado tecnológico do hardware/software de Microsoft: o facto de no primeiro não serem tão elevados e visíveis os custos de mudança na ótica dos consumidores.

¹²¹ Dois exemplos são os motores de busca Bing e aYahoo e, como motores especializados, a Amazon e o eBay. Cf. Marina Lao, ob. cit., pg. 295.

conseguiram sobreviver e que a conduta da Google não os excluiu¹²². Por a sua conduta não atentar contra a manutenção da concorrência efetiva, o possível prejuízo da redução de opções para os consumidores, requisito exigido para a aplicação do Artigo 102º b) TFUE e utilizado por quem argumenta¹²³ a favor da existência de uma infraestrutura essencial neste contexto, é difícil de ser encontrado.

Face ao exposto, importa lembrar que esta falta de preenchimento do requisito da **indispensabilidade** necessita ainda não está comprovado. No decorrer do teste de mercado, ainda em curso, a Comissão terá de averiguar se o direcionamento de tráfego dos usuários para outros sítios da internet não decorre de uma anterior pesquisa na plataforma de Google e se as alternativas a essa plataforma são concretamente capazes de viabilizar a prestação de serviços de buscas verticais¹²⁴.

Importa ainda esclarecer uma outra questão, a da possível manipulação dos resultados apresentados pela Google, conduta que deve também ser considerada pois pode tornar clara a existência de uma estratégia de empresa para falsear a concorrência no mercado.

Na Comunicação sobre as prioridades na aplicação do artigo 102º do TFUE, a Comissão afirmou expressamente que um dos seus objetivos seria garantir “que as empresas que detêm uma posição dominante não excluam os seus rivais através de outros meios que não sejam a concorrência com base no mérito dos bens ou serviços que fornecem [n]este contexto, a Comissão reconhece (...) que os concorrentes que tenham um desempenho inferior para os consumidores em termos de preço, gama da oferta, qualidade e inovação poderão desaparecer do mercado”¹²⁵. Vejamos se a Google segue estas orientações.

¹²² Neste sentido, Guérin, Bertrand / Wolf-Posch, Anna, *Special Reports of the German Monopolies Commission: Can Competition Law Address Challenges Raised by Digital Markets*, Journal of European Competition Law & Practice, Novembro, 2015, pg. 6 e, Temple Lang, John, *Comparing Microsoft and Google: the concept of exclusionary abuse*, World Competition 39, nº 1, 2016, pg. 19.

¹²³ Cf., Evans, David S., *Essays on Multi-sided businesses- plataforma economics*, 2011, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1974020>, pg. 278. O autor demonstra-se a favor da tese da existência de uma infraestrutura essencial no que toca à plataforma da Google.

¹²⁴ Lucas Sarreta Ferrari, ob. cit., pg. 33.

¹²⁵ Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante; 2009/C 45/02, para. 6.

A principal função dos motores de pesquisa é fornecerem resultados sobre informações em resposta aos termos de pesquisa utilizados pelos usuários. Esse é o serviço que prestam aos consumidores¹²⁶.

Para tal, estes mantêm uma base de dados do conteúdo da web sempre atualizada e expõem os resultados agrupados por ordem de relevância de acordo com determinados critérios. Enquanto principal ponto de entrada à navegação em linha, a Google tem a grande vantagem de, mediante o grande volume de dados que acumula relativamente a pesquisas anteriores, conseguir absorver a preferência dos usuários, sendo que na luta pela atratividade dos mesmos ela é a vencedora¹²⁷⁻¹²⁸. Os remédios que vêm sendo discutidos para esta situação partem da imposição de uma possível interferência nos critérios que presidem à exposição dos resultados ou até mesmo a exigência da revelação dos mesmos, impondo uma neutralidade na sua apresentação, solução esta que contraria o princípio da liberdade das empresas em posição dominante concorrerem no mercado com base nos seus méritos¹²⁹. Os critérios que presidem à sua lista de informações são fruto do seu investimento no desenvolvimento de uma melhor base de dados¹³⁰. A neutralidade na escolha dos resultados, podendo diminuir a qualidade das pesquisas, traria a sua força competitiva que lhe tem possibilitado atrair usuários para os seus serviços. A própria Google nega ter interesse em manipular os resultados, nomeadamente para favorecer os seus próprios serviços, dada a possibilidade de perder credibilidade perante os utilizadores dos seus serviços que perceberiam facilmente as mudanças artificiais¹³¹. A possível obrigação de alterar a seu algoritmo seria

¹²⁶ Marina Lao, ob. cit., pg. 283.

¹²⁷ Questão diferente seria a da Google fazer uso desta informação provida dos hábitos dos utilizadores, muitas vezes sem o seu consentimento, para a partir dessa vantagem competitiva criar novos serviços. Aqui sim, haveria o risco de surgir uma barreira à entrada para esse mercado relacionado, distorcendo-se as condições da concorrência. O monopolista pode conseguir de tal modo ter o exclusivo do acesso a informação que acaba por bloquear a criação de um segundo mercado independente. No entanto, ainda assim se questiona se faria sentido a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais, na medida em que, a infraestrutura- a informação, poderia ser duplicada, isto é, recolhida pelos concorrentes através de outras maneiras. Cf., Schepp, Nils- Peter Schepp / Wambach, Achim, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, Journal of European Competition Law & Practice, 2015, pg.4.

¹²⁸ Temple Lang, John, *How can the problems of exclusionary abuses under article 102° TFEU be resolved?*, European Law Review, vol. 37, nº 2, Abril 2012, pg.155. Segundo o autor, não é ilegal que uma empresa aumente o seu domínio se os meios usados forem legais, do mesmo modo, uma empresa dominante não limita as possibilidades dos seus concorrentes concorrerem simplesmente porque se torna mais eficiente ou mais dominante por meios legais.

¹²⁹ Para uma análise mais pormenorizada dos possíveis remédios a aplicarem-se ao caso Google, cf. Andrea Renda, *Searching for harm...*, ob. cit., pg. 40 ss.

¹³⁰ Cf., Geoffrey A. Manne, ob. cit., pg. 434: “[g]oogle search results generated by its proprietary algorithm and found on its own web pages do not constitute a market to which access should be forcibly granted by courts or legislature”.

¹³¹ Lucas Sarreta Ferrari, ob. cit., pg. 26.

injustificável face às leis da concorrência, tanto mais quanto o principal resultado dessa solução iria beneficiar mais os concorrentes da Google do que os próprios consumidores¹³².

Nesta senda, estamos de acordo com Bo Vesterdorf¹³³ quando relembra que “[n]o direito europeu da concorrência só empresas que controlem uma infraestrutura essencial podem ser obrigadas a negociar com os seus concorrentes (...) se a empresa não tem esse dever, o favorecimento dos seus serviços não pode ser considerado abusivo”¹³⁴. Se a infraestrutura a que se nega o acesso não tem a capacidade de ser partilhada, uma vez que as posições cimeiras não podem ser utilizadas por todos os concorrentes, não há razão para que a Google não possa fazer o próprio uso das mesmas¹³⁵.

Podemos então concluir, que o tratamento a dar relativamente ao caso Google não deverá seguir o caminho que foi traçado para os mercados tecnológicos na jurisprudência Microsoft, nomeadamente por não entendermos que lhe deve ser aplicada a teoria das infraestruturas essenciais¹³⁶. De facto, deparamo-nos aqui com um meio em que a concorrência está à distância de um clique, logo, os aspetos distintos dos mercados da nova economia como os referenciados pelo TJ na sua última decisão- barreiras à entrada, efeitos de rede, custos de transferência- e que abriram portas à consideração da conduta como abusiva e à aplicação da teoria recorrendo a critérios menos rígidos, não são contabilizados aqui. Somos da opinião de que a plataforma da Google, é uma entre tantas¹³⁷, pelo que a não inclusão de concorrentes na sua lista de resultados não é suscetível nem de causar prejuízos para os consumidores, nomeadamente por baixar a qualidade da informação apresentada, nem obsta à eficiência dos concorrentes, não limitando a sua capacidade técnica de desenvolver os seus serviços.

Os desafios impostos à aplicação da proibição do abuso de posição dominante a este sector da economia, o digital, não ficam por aqui. Na verdade, toda a investigação

¹³² John Temple Lang, *Comparing Microsoft...*, ob. cit., pg. 20.

¹³³ Vesterdorf, Bo, *Theories of self-preferencing and duty to deal- two sides of the same coin?*, Competition Law & Policy Debate, vol. 1, Issue 1, Fevereiro de 2015, pg. 7.

¹³⁴ *Ibidem*, pg. 1.

¹³⁵ Marina Lao, ob. cit., pg. 303.

¹³⁶ Em sentido contrário, defendendo a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais a este caso, cf. Mays, Lisa, *The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe*, The George Washington Law Review, Maio 2015, pg. 751 ss.

¹³⁷ Não se verifica aqui o requisito da indispensabilidade como fixado no Acórdão Bronner.

gira em torno do preenchimento dos requisitos previstos no Artigo 102º TFUE, no entanto, são notórias várias limitações à sua efetivação. Desde logo, a determinação do poder de mercado nos novos mercados. A avaliação do grau de domínio tem sido um aspeto muito controverso no seio da doutrina, uma vez que, ferramentas comumente úteis na sua aferição, como o teste SSNIP, cedem perante mercados onde a concorrência tem por base a inovação tecnológica e já não o preço dos produtos. Os próprios indicadores de poder de mercado mais tradicionais, como as quotas de mercado, já não revelam tão fidedignamente a situação desses mercados, dado que, as posições de domínio são cada vez mais vulneráveis e transitórias de tal forma que se faz sentir a rápida dinâmica que os caracteriza. A própria Comissão tende já a analisar outros parâmetros, como a existência ou não de fortes pressões concorrenciais, no sentido de encontrar uma verdadeira posição dominante neste novo sector.

O rumo a seguir no que toca à conclusão da investigação, que já leva seis anos de existência, é ainda incerto, no entanto, a Comissão pode servir-se dela para dar resposta a muitas das questões aqui apontadas.

Conclusão

Aqui chegados, cumpre reconhecer que o interesse em aplicar a teoria das infraestruturas essenciais, nos vários estágios por que passou a sua evolução, não se desvaneceu. Na verdade, sendo originariamente aplicada a infraestruturas físicas, a mesma revelou-se útil para abraçar quer os desafios impostos pelos direitos de exclusivo, isto é, somos da opinião de que os direitos de propriedade intelectual, pelas suas especificidades, são e foram merecedores de um tratamento diferenciado no que toca à imposição da obrigação de contratar ou licenciar, quer as exigências da era moderna com que nos deparamos.

Ainda que a sua adaptação se tenha revelado como normal e compreensível, a necessidade de clarificar alguns conceitos do direito da concorrência, no âmbito dos mercados da nova economia, tem assumido cada vez mais relevância. Aproximar a legislação da realidade por eles criada pode levar a que se poupem muitos recursos gastos em processos que, se assim fosse, nem existiriam. A incerteza da lei encoraja as autoridades competentes a reagirem, por vezes, como autoridades reguladoras e a

desconsiderarem as implicações das suas decisões na concorrência a curto prazo. O efeito que pode vir a tornar-se viral com estas atuações será o desencorajamento das empresas mais competentes em apostar em meios legítimos para concorrer, pois aferir essa legitimidade é cada vez mais uma tarefa sem fim. A consequência por elas ficarem mais cautelosas é o empobrecimento da concorrência.

Com a análise da investigação Google, que levantou questões sobre a essencialidade de uma infraestrutura, quisemos evidenciar isso mesmo. Apesar de não concordarmos com a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais a este caso, somos da opinião de que adaptar o seu fundamento jurídico, o Artigo 102º TFUE, às novas exigências impostas por mercados onde até as próprias barreiras são cada vez mais difíceis de definir, poderá ser a solução necessária para que a teoria perdures nas decisões tomadas pelos órgãos que aplicam o direito da concorrência.

Ainda que seja uma premissa urgente, a adaptação da teoria das infraestruturas essenciais, convém não esquecer o principal propósito para a intervenção das normas de defesa da concorrência: o de preservar uma sã concorrência no mercado interno, bem como o bem-estar dos consumidores. O estabelecimento de requisitos objetivos, neste sentido, é fundamental. Digo neste sentido, pois que mesmo sem uma definição rigorosa dos mesmos não podemos falar numa possível banalidade da figura, uma vez que, as suspeitas de alargamento do âmbito da infração não se confirmaram, pois que passada quase uma década desde o caso Microsoft, o TJ não chegou a pronunciar-se mais nenhuma vez sobre novas questões que caem dentro deste âmbito.

A mudança de postura da Comissão, que procura uma intervenção mais ágil, já revela, de certa forma, uma mudança de paradigma quanto ao longo caminho a percorrer no que toca a aumentar o equilíbrio entre a intervenção do direito da concorrência e a manutenção dos incentivos para investir.

Bibliografia:

Angelov, Martin, *The Exceptional Circumstances test: implications for frand commitments from the essential facilities doctrine under article 102° TFUE*, European Competition Journal, Abril 2014.

Arena, Amadeo / Bergmann, Bettina / Himes, Jay L., *Two bodies of law separated by a common mission: unilateral conduct by dominant firms at the IP/Antitrust Intersection in the EU and the US*, European Competition Journal, vol. 9, nº 3, Dezembro 2013.

Bordalo Junqueiro, Ricardo, *Abusos de posição dominante*, Almedina, 2012.

Doherty, Barry, *Just what are essential facilities*, Common Market Law Review, vol. 38, Abril 2001.

Evans, David S., *Essays on Multi-sided businesses- Plataform Economics*, 2011, P. 278, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1974020>.

Freire, Paula Vaz, *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 49, nº 1-2, 2008.

Frischmann, Brett / Waller, Spencer Weber, *Revitalizing Essential Facilities*, Antitrust Law Journal, vol. 75, nº 1, 2008.

Gifford, Daniel J., *The European Union, the United States, and Microsoft: A Comparative Review of Antitrust Doctrine*, CLEA 2009.

Graef, Inge *Tailoring the essential facilities doctrine to the ITSector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft*, Cambridge Student Law Review, 2011.

Guérin, Bertrand / Wolf-Posch, Anna, *Special Reports of the German Monopolies Commision: Can Competition Law Address Challenges Raised by Digital Markets*, Journal of European Competition Law & Practice, Novembro 2015.

Lao, Marina *Search, Essential facilities, and Antitrust Duty to Deal*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 11, Issue 3, 2013.

Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *Concorrência- Estudos*, Almedina, 2006.

Lévêque, François, *Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case*, Março 2005, in <http://ssrn.com/abstract=927900>.

Lipky, Abbot B. Jr. / Sidak, J. Gregory, *Essential Facilities*, Stanford Law Review, Vol. 51, nº 5, Maio 1999.

Manne, Geoffrey A., *The Next Digital Decade- Essays on the Future of the Internet: The problem of search engines as essential facilities: an economic legal assessment*, TechFreedom, Washington, D.C., 2010, pg. 423, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747289.

Mashjari, Omar *Article 102º TFUE & The Competitor Claim: the implications for the technology sector*, 2014, disponível em: <file:///C:/Users/cl%C3%A1udia/Downloads/SSRN-id2550743.pdf>.

Mays, Lisa, *The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe*, The George Washington Law Review, Maio 2015.

Monteiro, Luís Pinto, *A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual no direito da concorrência*, Almedina, 2010.

Moura e Silva, Miguel, *A tipificação da recusa de acesso à infraestruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência*, Revista da Concorrência e da Regulação, Janeiro/Março, 2010.

Moura e Silva, Miguel, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, 2010.

O'Connell, Cliodhna *Evolution and Development of the Essential Facilities Doctrine in a European Competition Law Context*, 2009.

Ortiz, Armando A., *Old Lessons Die Hard: Why the essential facilities doctrine provides courts the ability to effectuate competitive balance in high technology markets*, Journal of High Technology Law, 2012.

Pais, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência- Em defesa de um Modelo Europeu*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

Rato, Miguel / Petit, Nicolas *Abuse of Dominance In Technology-Enabled Markets: Established Standards Reconsidered*, European Competition Journal, Abril 2013.

Renda, Andrea, *Competition-regulation interface in telecommunications: what's left of the essential facility doctrine*, Telecommunications Policy, 2010.

Renda, Andrea, *Searching for harm or harming search- a look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, Centre for European Policy Studies, nº 18, Setembro 2015.

Ridyard, Derek, *Compulsory Access under EC Competition Law- A New Doctrine of "Convenient Facilities" and the Case for Price Regulation*, European Competition Law Review, 2004.

Saretta Ferrari, Lucas, *Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante*, Revista da Concorrência e Regulação, nº 14/15, Abril/Setembro 2013.

Schepp, Nils- Peter / Wambach, Achim, *On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment*, Journal of European Competition Law & Practice, 2015.

Squitieri, Mauro, *Refusal to License Under European Union Competition Law After Microsoft*, Journal of International Business and Law, vol. 1, Issue 1, 2012.

Stefano, Gianni, *Tough Enforcement of Unilateral Conduct at the National Level: Italian Antitrust Authority Sanctions Bayer and Pfizer for Abuse of Dominant Position (aka AstraZeneca Ruling and Essential Facility Doctrine in Italian Sauce)*, Journal of European Competition Law & Practice, 2012, vol. 3, nº4.

Temple Lang, John, *Comparing Microsoft and Google: the concept of exclusionary abuse*, World Competition 39, nº 1, 2016.

Temple Lang, John, *How can the problems of exclusionary abuses under article 102º TFEU be resolved?*, European Law Review, vol. 37, nº 2, Abril 2012.

Tiancheng Jiang, *China and EU Antitrust Review of Refusal to License IPR*, Maklu Competition Series, 2015.

“To commit or not to commit? Deciding between prohibition and commitments, Competition Policy Brief”, European Commission, Issue 3, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-189_en.htm.

Verhaert, Joyce, *The challenges involved with the application of article 102° TFUE to the New Economy: A case study of Google*, European Competition Law Review, vol. 35: Issue 6, 2014.

Vesterdorf, Bo, *Theories of self-preferencing and duty to deal- two sides of the same coin*, Competition Law & Policy Debate, vol. 1, Issue 1, Fevereiro 2015.

Vezzoso, Simonetta, *The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation ‘Economics-Based’ Approach*, European Competition Law Review, vol. 27, n.º 7, 2006.

Waller, Spencer Weber / Tash, William, *Harmonizing Essential Facilities*, Antitrust Law Journal, 2010.